法 学 研 究

# 我国民事公益诉讼的经济分析
## ——基于理性的视角

白 彦[1] 杨 兵[2]
(1. 北京大学 政府管理学院, 北京 100871; 2. 北京市 朝阳区人民法院, 北京 100026)

**摘 要:** 我国现阶段的民事公益诉讼从“成本－收益”视角考量,原告提起诉讼是非理性的,虽然这种诉讼具有一定社会效益,但社会的收益不应以个人的成本负担为代价。而且,由于判决既判力无法扩张,我国现阶段民事公益诉讼具有非公共性,而法院在对待公益诉讼中表现出的“冷静”,实质上是法院基于自身利益考量而出现的一种类似“政府失灵”的状态。另外,由于“公共利益”的模糊性,导致我国现阶段民事公益诉讼有很大的不确定性,正好刺激了一些人滥用公益诉讼形式去追求个人利益最大化的行为。而消解我国现阶段民事公益诉讼中的非理性因素的最优选择是制度激励,包括赋予民事公益诉讼判决以扩张效力、对公益诉讼的原告给予经济上的适当激励等。

**关键词:** 公益诉讼;理性;经济分析;滥诉
**中图分类号:**D915 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5919(2013)06-0106-09

理性既是哲学的一个常用语词,更是法律经济学意义上的一种经典表达。经济学家们假定社会主体都是具有理性的人,并在此基础上进行模型构建和经济分析。而理性的要求是最大化的实现,即行为主体应该在预算约束所允许的范围内作出一个最好的选择,实现效用的最大化。①理性不仅是对个人行为方式的一种判断,从广义上讲,它还是制度所应达到的一种均衡状态,即制度理性——在这种状态下,“个人的利益最大化行为既与他(她)的预期净收益相吻合,又同整个社会的资源有效配置并行不悖”②。需要指出的是,法律经济学家笔下的理性行为者模型虽然只是一种虚构,但却是已被经验、实证研究证明为非常有效的分析集体行为的方法和模型③。在市场经济的现实背景下,个人理性假设在大多数情况下都能得到验证和适用,而非利益的最大化行为只在少数情况下发生,并不具有普遍的意义。

本文尝试着脱离将中国问题与西方模板进行简单比对而后提出对策的分析路径,试图利用法律经济分析的方法,以理性的视角更加精细地去思考我国现阶段民事公益诉讼出现的问题和困境,解剖其中的非理性因素,并结合新民事诉讼法关于公益诉讼的规定,提出相应的解决方案,以期对我国公益诉讼的实践发展和理论研究有所助益。

## 一、我国民事公益诉讼的“成本－收益”扭曲

### (一)理性前提下民事诉讼的“成本－收益”分析

“成本－收益”分析是对理性选择进行经济分析最基础的方法之一。根据理性最大化的假设,行为

**收稿日期:**2013-08-20
**作者简介:**白彦,男,内蒙古呼和浩特人,北京大学政府管理学院副教授。

① 参见罗伯特·D. 考特、托马斯·S. 尤伦著:《法和经济学》(第三版),施少华、姜建强等译,上海:上海财经大学出版社 2002 年版,第 11 页。

② 张宇燕:《个人理性与“制度悖论”》,《经济研究》1993 年第 4 期。

③ 参见理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》(上),蒋兆康译,北京:中国大百科全书出版社 1997 年版,中文版译者序言第 13 页。

主体在社会活动中,将选择预期利益最大化的行为方式。此处的利益最大化,指的是行为净收益的最大化,即“给定约束条件并假定成本不变,尽可能地增加收益;或者假定收益不变,尽可能地减少成本”①。这也意味着,如果预期收益大于预期成本(即净收益为正),行为就会起始;如果预期边际收益等于预期边际成本(即边际净收益为零),行为就会终止;如果预期收益小于预期成本(即净收益为负),行为就不会发生。

“成本 - 收益”分析可以被用来考察民事诉讼中主体的行为选择方式。“为了决定是否起诉,一个理性的原告会比较起诉的成本和法律诉讼的预期价值。”②诉讼的成本包括当事人参与诉讼活动需要支出的全部费用,包括案件受理费、律师费、交通费、材料费等。诉讼的收益是指当事人从诉讼活动中得到的利益或者避免的不利益。理性的原告在起诉前,应该对起诉后可能出现的情况有一个综合的考量,并据此对诉讼的成本及可能得到的收益都有一个预先的计算。由于诉讼过程本身的复杂性,因此原告必须综合考虑诉讼可能出现的各种情况,作出周全细致的权衡。

出于简化计算及方便分析的考虑,笔者在下文论述中,将不考虑当事人在诉讼中的和解及谈判过程,而只是分析判决背景下原告的预期诉讼成本和诉讼收益。主要有两个要素影响原告对诉讼成本和诉讼收益进行预判:一是原告估计的自己的胜诉机率;二是诉讼费用的分担规则。第一个要素主要由原告基于自己和对方所掌握的证据信息,根据法律规定及先例来推算;第二个要素因各国法律的规定各有不同,如美国的规则是“各付各的”,即各方支付自己的诉讼费,欧洲的规则是“输者全付”,即败诉方支付胜诉方的诉讼费,而我国的规则是败诉方支付案件受理费,而双方其他诉讼成本各自承担。

本文的分析基于我国的诉讼费用负担规则进行。假设原告索赔的数额为 A,其预测自己的胜诉机率为 B,案件受理费为 C,其为诉讼所花费的其他费用为 D,则原告是否起诉将取决于以下两个因素:

其一,从原告自身的“成本 - 收益”考虑,他将在预期的诉讼净收益为正时,才会提起诉讼,即预期诉讼收益(EVC)≥预期诉讼成本(FC)→起诉,而预期诉讼收益(EVC) < 预期诉讼成本(FC)→不起诉③。而原告 $EVC = A * B$,$FC = C(1 - B) + D$,所以原告起诉的条件是:$AB \geq C(1 - B) + D$,我们也可以将其改写成:$(A + C)B \geq C + D$。

其二,从原、被告的互动关系上考虑,原告只在其预期诉讼净收益(EVC - FC)大于被告的预期诉讼损失时才会提起诉讼,而当原告预期诉讼净收益小于或等于被告诉讼损失时,双方将会和解,而不必诉诸法庭。被告的预期诉讼损失是原告索赔数额(A)乘以其估计的败诉机率 E(换言之,为原告的胜诉机率)再加上其诉讼成本(诉讼费用负担 $C * E$ 加上其支付的其他诉讼成本 F)。所以,原告起诉的条件是 $AB - C(1 - B) - D > AE + CE + F$,我们也可以将其改写成:$(A + C)(B - E) > C + D + F$。

以上是对“成本 - 收益”影响原告诉讼行为选择的一般分析,那么原告如果要提起带有公益性质的诉讼,他对“成本 - 收益”的理性考量会不会不同于上面的分析模式呢？答案是否定的。美国制度经济学家诺思经过研究后认为:“如果私人成本超过了私人收益,个人通常不会愿意去从事活动,虽然对社会来说可能有利。”④而集体行动的逻辑也可以作出印证:“除非在一个集团中人数很少,或者除非在集团成员同意分担实现集团目标所需的成本的情况下给予他们不同于共同或集团利益的独立的激励,或者除非强迫他们这么做以使个人按照他们的共同利益行事,有理性的、寻求自我利益的个人不会采取行动以实现他们共同的或集团的利益。”⑤

---

① 苗壮:《法律/制度经济分析的一般理论》,《法制与社会发展》2004 年第 1 期。

② 参见罗伯特·D. 考特、托马斯·S. 尤伦著:《法和经济学》(第三版),施少华、姜建强等译,第 325 页。

③ 参见罗伯特·D. 考特、托马斯·S. 尤伦著:《法和经济学》(第三版),施少华、姜建强等译,第 327 页。

④ 诺思等著:《西方世界的兴起》,厉以平等译,北京:华夏出版社 1999 年版,第 7 页。

⑤ 曼瑟尔·奥尔森著:《集体行动的逻辑》,上海:上海三联书店、上海人民出版社 1995 年版,第 2—3 页。

**(二)我国民事公益诉讼中“成本－收益”如何扭曲**

民事公益诉讼的最大特点是“小额多数”,即诉讼中受害者人数众多,但每人受侵害的权益额度都非常小。正因为此,民事公益诉讼本应发挥其规模经济效应,集合所有的小额请求对侵权者提起诉讼。但在目前,由于制度上的原因,我国民事公益诉讼表现出的是“小额少数”甚至“小额单数”的特点。少数受害者提起的诉讼虽然具有公益的性质,但他们只能就自身损失提起诉讼,索赔的数额都非常小。因此,从“成本－收益”考虑,原告可预期的诉讼收益将远低于他们可能投入的诉讼成本,理性的原告在此情况下应不会提起诉讼。但我国现阶段的民事公益诉讼却基本上是在此背景下发生的。

以河南农民葛锐诉郑州火车站厕所收费违法案①为例。该案经过一审、二审,历经三年,原告葛锐花掉了 4000 多元诉讼费用,而终审结果是法院判令被告返还葛锐 0.3 元入厕费。从最终结果看,葛锐所花费的诉讼成本(FC)是其诉讼收益(EVC)一万三千多倍,可谓是严重的得不偿失。也许葛锐未曾预想其最终花费的诉讼成本会如此之高,但从源头上分析,葛锐当初提起诉讼就有违理性人的“成本－收益”考量。因为即便葛锐起诉前预测自己的胜诉机率为 100%,其预期诉讼收益(EVC)也不过是 0.3 元,而其花在诉讼中的成本,如材料复印费、交通费,无论如何都会高于其预期诉讼收益。理性的原告不会在此情形下选择起诉。

实践中,有的民事公益诉讼原告为了克服诉讼标的额小、预期诉讼收益绝对值低的障碍,通过其他方式(如提出精神损害赔偿)增加索赔请求额,以期诉讼收益能够超出诉讼成本。初看上去,这种做法似乎符合“成本－收益”的理性逻辑,但如果额外增加的诉讼请求不考虑胜诉机率,最终结果仍可能是诉讼收益小于诉讼成本。以湖南律师佘某诉广州铁路(集团)公司客运公司多收票款案②为例。尽管该案最终被法院不予受理,不发生“成本－收益”的比较问题,但即使该案可以被法院受理,那么基于“成本－收益”分析,佘某就本案提起诉讼也并非理智之举。就其提出的精神损害赔偿请求(A1)而言,2 万元显然过高了,考虑到株洲当地的经济水平及本案的实际情况,佘某最多能得到 1000 元的精神损害赔偿,因此佘某对精神损害赔偿请求的胜诉率(B1)理性预测应为 5%。假设其对 0.5 元多收票款请求(A2)的胜诉率(B2)预测为 100%,其为 2 万元精神损害赔偿请求所交的案件受理费(C)为 810 元,其为此次诉讼可能花费的其他费用(D)为 1000 元,则佘某预期诉讼收益(EVC)为 1000.5 元,而佘某预期诉讼成本(FC)为 1769.5 元。综上,佘某预期诉讼收益小于预期诉讼成本,如果基于理性他不应起诉。一个可能的解决方案是佘某减少其精神损害赔偿请求,以降低其案件受理费负担成本,但由于其在诉讼中耗费的其他成本是必然发生且相对稳定的,所以这种方案最终结果很可能会演进为前述案例中葛锐所处的困境。

有人认为,现阶段的民事公益诉讼虽然从个人的“成本－收益”分析上是不理性的,但其“并不在于其本身,而在于它身后的教育、规范和引导意义”,③有助于提高社会公众的法律意识和社会责任感,因而具有巨大的社会效益。但笔者以为,社会的收益不应以个人的成本负担为代价,因为基于非理性的“利他主义”毕竟不是市场经济中的常规行为;而从长远来看,“置个人理性、个人偏好不顾的法律,将会

---

① 1998 年 10 月,葛锐在郑州火车站候车室内的公共厕所方便时,因被“守厕人”收取 3 角钱。葛锐以被告郑州铁路分局违反“国家财政部和国家计委(93)财综字第 152 号关于公布第一批取消的收费项目的规定”为由,要求被告公开赔礼道歉,并退回非法收取原告的 0.3 元入厕费。

② 2002 年 3 月,湖南株洲市律师佘某乘坐列车从株洲前往长沙,被列车员多收了 5 角钱,佘某因此将列车所属的广州铁路(集团)公司客运公司诉至长沙铁路运输法院,要求被告在湘、粤两省的主要媒体上向其赔礼道歉;退还多收的票款 0.5 元;赔偿其精神损失费 2 万元。参见王进、吴湘韩:《法院对“五毛钱官司”说不》,《中国青年报》2002 年 10 月 9 日第 7 版。

③ 叶新火:《一元钱官司的价值》,《法制日报》2003 年 4 月 17 日第 9 版。

由于巨额成本而难以推行”①。因此,民事公益诉讼还是应该在个人理性的基础上构建。

## 二、我国民事公益诉讼的非公共性和“政府失灵”

### (一)非公共性:公益诉讼不“公益”

经济学意义上的公共性,是指公共产品所具有的特性。公共性一般包括两个关联密切的内容:一是消费的非竞争性,即一个人对公共产品的消费并不减少可供其他消费者的消费量,易言之,增加新的受益者并不会减少原有受益者的利益;二是非排他性,即排除没有付费的消费者来消费这个产品的成本如此之高以至于没有利润最大化的企业愿意提供这种产品。② 此外,公共产品一般具有外部性。所谓外部性,又称溢出效果或邻近效果,是指除了商品与服务的消费者和生产者之外的其他人不得不接受的成本或收益③。其中,如果无关的其他人接受的是收益,称为正外部性;如果无关的其他人接受的是成本,则称为负外部性。公共产品的外部性体现在公共产品在生产和消费过程中,可能会给社会成员带来一定利益或损害。

公益诉讼因为其诉讼标的具有公益性,即不仅涉及双方当事人的利益,还涉及一定范围内公众的利益,因而其诉讼结果也具有了公共性。主要体现在:1. 公益诉讼结果的非排他性,即每一个受害主体都可以援用公益胜诉判决向侵权人要求赔偿;2. 公益诉讼结果的非竞争性,即新增加的受害者主张其权益并不影响原有受益人的利益;3. 公益诉讼结果的正外部性,即公益诉讼原告的胜诉不仅会给本人带来收益,而且会给未参加诉讼的第三方带来收益。

但我国现阶段的民事公益诉讼表现出的却是一种非公共性。以前述河南农民葛锐诉郑州火车站厕所收费违法案为例,据媒体报道,郑州火车站在官司败诉后,还在继续收取入厕费用。④ 该案在我国现阶段的民事公益诉讼中具有很强的典型性,它从以下两方面体现了目前我国民事公益诉讼的非公共性:一方面是诉讼结果的排他性,即其他在郑州火车站上厕所交费的人,无法援用葛锐的胜诉判决,要求郑州火车站退回所交的入厕费;另一方面是诉讼结果正外部性的缺失,即葛锐胜诉的结果只是给其本人带来了收益,而未给其他在郑州火车站曾经入厕交费及将要入厕交费的人带来任何收益。从上述意义上讲,我国现阶段所谓的民事公益诉讼,实质上仍是一种私益诉讼。当然,实践中也不乏诉讼过后社会政策发生积极改进的案例⑤。但是,这些成功案例产生的积极效果,更大程度上来源于媒体监督的威力,而并非案件胜诉判决的效力,而且这些成功案例的胜诉也并未惠及其他消费者。

我国现阶段民事公益诉讼非公共性的主要原因,在于我国现行法律缺乏对这类案件判决既判力扩张的规定,导致这类诉讼和普通私益诉讼一样,判决的既判力只能局限于两造当事人,而无法向案外人延展其公益性。反观国外的公益诉讼,却都有既判力扩张的规定,如在美国的集团诉讼中,“凡是未在公告期内提出退出申请的都是集团诉讼的当事人,判决效力拘束所有未提出退出申请的当事人”;而在德国的团体诉讼中,“团体诉讼原告的胜诉判决,团体各会员都可以引用,据以主张判决对其有拘束力。”⑥

---

① 钱弘道:《法律的经济分析工具》,《法学研究》2004 年第 4 期。

② 参见罗伯特·D. 考特、托马斯·S. 尤伦著:《法和经济学》(第三版),施少华、姜建强等译,第 37 页。

③ 欧文·B. 塔克著:《现代微观经济学》(第 2 版),北京:中信出版社 2003 年版,第 79 页。

④ 周泽:《“公益诉讼”且慢喝彩》,《法制日报》2001 年 6 月 2 日第 5 版。

⑤ 比如,法律硕士郝劲松诉北京铁路局火车售货不开发票案胜诉后,国税总局和铁道部联合发文规定,全国的火车必须配备专用的列车售货发票,依法缴纳税金;记者喻山澜诉中国工商银行北京分行收取牡丹卡补卡费案胜诉后,后者废除了补办牡丹卡收费 100 元的规定。

⑥ 肖建华、唐玉富:《公益诉讼与和谐社会——以群体诉讼为考察对象》,《法学论坛》2006 年第 5 期。

### (二)“政府失灵”:法院为何“冷”对公益诉讼

我国现阶段的民事公益诉讼有一个现象:起诉的原告胜少败多。因此,有人这样形容我国现阶段的公益诉讼:“执着的原告、热闹的媒体、稳如泰山的被告、冷静的法院。”①那么,法院的“冷静”是如何体现的呢? 笔者对近几年来媒体公开报道的民事公益诉讼案件进行了一个不完全的统计。(见图 1)

| 诉讼结果 | 法院处理方式 | 法院处理理由 | 案件数量 | 所占比率 |
|---|---|---|---|---|
| 原告胜诉 | 略 | 略 | 5 | 20% |
| 原告败诉 | 不予受理 | 受理时机不成熟 | 2 | 8% |
| | | 滥用诉讼权利 | 1 | 4% |
| | | 原告不适格 | 6 | 24% |
| | 驳回起诉 | 原告不适格 | 10 | 40% |
| | 驳回诉讼请求 | 不属本案审理范围 | 1 | 4% |

**图 1**

从上图可知,在此次统计的民事公益诉讼案件中,原告败诉的比率达到了 80%,而其中 64% 的案件被法院依据新民事诉讼法第 119 条(旧民事诉讼法为第 108 条)规定的“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”,以原告不适格为由不予受理或驳回起诉。

那么,法院为何会对公益诉讼如此“冷淡”呢? 笔者以为,这是因为法院在公益诉讼中出现了一种类似“政府失灵”的状态,姑且称之为“法院失灵”。

按照公共选择理论,“政府失灵”是指政府在调控宏观经济活动中,由于政府官员并非一心为公的政治人,他同市场环境中的经济人一样具有追求自我利益的倾向,导致政府理性的行为在不健全的市场中被扭曲、变异,从而使政府在维护公共利益方面的努力消弭,并给公益维护带来消极后果的一种现象。② “政府失灵”一方面表现为政府的无效干预,即政府宏观调控的范围和力度不足或方式选择失当;另一方面则表现为政府的过度干预。

“政府失灵”对于诉讼中的法院同样适用。诉讼好比市场,双方当事人犹如市场中的竞争主体,而法院就像市场经济中的政府一样对诉讼当事人进行管理和利益分配。尽管法院被视为花纳税人的钱、提供司法产品的不以赚钱为目标的“非营利组织”(除了代表国家收取诉讼费用外,无其他特殊的经济利益),但是法院和法官作为市场经济条件下的“经济人”,一旦具备条件,也会产生实现自身利益最大化的内在冲动,从而出现对诉讼的处理力度不足或方式选择失当这样的“法院失灵”现象。

在对待现阶段的民事公益诉讼问题上,法院出现“法院失灵”现象主要是基于以下自身利益考虑:

一是出于规避风险考虑。在处理公益诉讼案件时,法院的风险主要来自两个方面:(1)法院在审理和判断公益案件时,往往缺乏可资适用的现成法律和理论,而要作出明确的判决,就只能发挥司法能动性,基于法律精神来进行“造法”。但这种自由裁量权的行使,必须建立在民众对法官高度信任的基础上,否则将会引来强烈的质疑。而现实状态下的法院显然还不具备这样的信任基础。(2)法院在公益诉讼中发挥司法能动性进行“造法”、创设权利,实际上是一种司法权的扩张,将会对全社会发生影响并形成压力,尤其是对立法机关和行政机关的公共政策调整产生压力。而在我国,司法权与行政权、立法权相比,地位最低,因而法院很难有勇气冒险与行政机关、立法机关发生冲突。基于上述风险,根据风险规避理论,即“相对于一个较高的不确定收入,风险规避者也许更喜欢一个较低的确定性收入”③,法院对公益诉讼自然会选择更确定、稳妥的方法,譬如依据新民事诉讼法第 119 条(旧民事诉讼法第 108

① 陈有西:《中国公益诉讼:现状与趋势》,《中国审判新闻月刊》2006 年第 3 期。

② 参见李长健、李伟、张锋:《利益博弈时代公益诉讼的机制模式研究》,《桂海论丛》2006 年第 4 期;周林彬、何朝丹:《公共利益的法律界定探析》,《甘肃社会科学》2006 年第 1 期。

③ 罗伯特·D. 考特、托马斯·S. 尤伦著:《法和经济学》(第三版),施少华、姜建强等译,第 43 页。

条)驳回原告的起诉。

二是出于法院或法官自身的“成本 – 收益”计算。“经济学家们假设,法官像其他人一样,寻求的是包括金钱和非金钱因素(后者包括闲暇、声望和权力)在内的效用函数的最大化”①,因而法官也会进行成本和收益的衡量与判断。民事公益诉讼就单个而言,一般均为小额诉讼,法院在这样的诉讼上净收益往往是负的,即投入的诉讼成本要大于诉讼收益。而在现阶段,由于我国公益诉讼无既判力扩张机能,所以一个公益诉讼胜诉后,极可能会“拔出萝卜带出泥”,引发更多类似的小额诉讼。如果说对少数的小额诉讼,法院尚能忍受在负的净收益下运作,那么对成百上千同样的小额诉讼进行重复劳动,法院的负收益会急剧扩大,法院将很难承受。因此,法院基于自身“成本 – 收益”的考虑,自然要慎重处理公益诉讼以预防其引发更多的类似诉讼。

需要指出的是,法院基于理性追求其自身利益最大化的动机虽然可以理解,但其在民事公益诉讼中的“法院失灵”状态,说明法院尚未意识到公益诉讼对众多社会成员利益维护的重要性,以及对于提升公民对法律的信仰和对审判的信任的意义,其实质是以个体的理性扭曲了法院作为一个维护正义、解决纷争的国家审判机关应具有的集体理性。

## 三、“模糊”公益下的滥诉风险

### (一)公共利益的“模糊”与滥用

公共利益是一个非常模糊的概念,正如哈耶克所言,这个概念“直到今天仍是最难给出定义的”概念,美国著名行政伦理学家库伯也坦率地承认“要想给出一个能在理论界或实际工作者中公认的社会公共利益定义是不可能的”②。

公共利益的模糊性也导致了可纳入公益诉讼保护项下的公益的不确定性。这种不确定性主要体现为两点:(1)公益内涵不确定。对于公益内涵,学界存在着多种不同观点:第一,公益虚空论。最典型的代表是著名的“阿罗不可能定理”:“无数个人偏好不可能集结形成共同的偏好,因而凝结着共同偏好的公共利益也不可能存在。”③第二,自动公益论。由西方经济学奠基人亚当·斯密提出的该观点认为:“个人的理性选择自动会达到个人未预期的结果,带来公共利益的增加。”④第三,整体利益论。该观点认为,公共利益是社会整体利益,而非社会成员单个利益的累加,它强调的是社会中的全体成员,而非多数人或任何大的或有力的利益集团。第四,多数利益论。该观点认为,强调公共利益能够被每个公民所分享到的假定是过于理想化和不现实的,而应将其现实地修正为社会中占绝大多数人群的利益。⑤(2)公益外延不确定。主要体现为学界和实务界对公益诉讼应该保护的公益范围的分歧。有学者认为纯粹型的公益诉讼的范围应主要限定在国有资产流失、反垄断和环境保护三个领域⑥,有学者则认为公益诉讼应包括消费者诉讼(包括产品质量案件和垄断案件)、环境公害诉讼、公民权诉讼和社会保障诉讼、国有资产保护诉讼、股东派生诉讼、证券欺诈交易诉讼⑦,还有学者则认为公益诉讼只能限定在侵权

---

① 理查德·A. 波斯纳著:《法律的经济分析》(下),蒋兆康译,北京:中国大百科全书出版社 1997 年 6 月版,第 694 页。

② 参见李春成:《公共利益的概念建构评析——行政伦理学的视角》,《复旦学报》2003 年第 1 期。

③ 参见肯尼思·约瑟夫·阿罗著:《社会选择:个性与多准则》,钱晓敏、孟岳良译,北京:首都经济贸易大学出版社 2000 年版。

④ 薛冰:《个人偏好与公共利益的形成》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2003 年第 4 期。

⑤ 参见周林彬、何朝丹:《公共利益的法律界定探析》,《甘肃社会科学》2006 年第 1 期。

⑥ 张艳蕊著:《民事公益诉讼制度研究——兼论民事诉讼机能的扩大》,中国政法大学博士学位论文。

⑦ 江伟、徐继军:《将“公益诉讼制度”写入〈民事诉讼法〉的若干基本问题的探讨》,《中国司法》2006 年第 6 期。

范围内,合同法律关系当事人不能提起公益诉讼,因为会破坏合同的相对性,损害司法上的权利义务关系①。

正是因为公益的上述模糊性和不确定性,使得公益诉讼在许多场合下沦为社会个体或集团滥用诉权、谋取不正当利益的幌子,妨碍了公共权力的行使。在这种情形下,那些声称代表公益的原告,其所代表的其实并非真正重要的公共利益,甚至只是徒有公共利益表象的私益。滥用公益诉权行为主要有三种:一是直接故意,即明知被告无侵害民事公益的行为,为了达到某种目的,故意给被告制造麻烦,使其陷入困境,如职业打假人刘殿林状告“王老吉”案②;二是间接故意,即对被告侵犯民事公益的行为并无充分证据,抱着试一试的想法,对可能侵害被告合法权益的结果持放任的态度;三是过失,即因过失导致起诉错误。

**(二)公益不确定状态下的道德风险**

道德风险原是保险学上的概念,本指投保人投保后,对其保险标的的注意程度会降低,从而增大了保险标的的风险程度。后来经济学家常以道德风险概括“人们的机会主义行为”。从一般意义上说,道德风险可视为从事经济活动的人在最大限度地增进自身效用时做出不利于他人的行为。道德风险具有三大特征:(1)内生性,即风险雏形形成于经济行为者对利益与成本的内心考量和算计;(2)牵引性,即凡风险制造者都存在受到利益诱惑而以逐利为目的的情形;(3)损人利己性,即风险制造者的风险收益都是对信息劣势一方利益的不当攫取。③ 道德风险的产生主要缘于信息的不对称性和不确定性。信息不对称使得信息优势方可以利用其优势地位对劣势方采取机会主义行为,而信息不确定则使得信息相对人难以对风险制造者的行为进行监督。

而现阶段公益诉讼的不确定状态,正好为道德风险的滋生提供了“沃土”,刺激了一些人滥用公益诉讼形式去追求个人利益的最大化行为。

第一,通过公益诉讼的形式起诉,对风险制造者存在着利益诱惑。这种诱惑首先表现为风险制造者可以借取公益诉讼的外壳得到媒体的广泛关注,一夜成名,而对某些特定职业从业者(如律师)来说,这种轰动效应就是一种“免费广告”,可以折算成经济利益。而且这种媒体关注效应,还可以被风险制造者用来作为打击被告或向被告施压的工具,以谋取一些不正当利益,如损害被告的商誉以打击竞争对手、向被告敲诈勒索等。

第二,现阶段民事公益诉讼中存在信息不对称和不确定的情形。首先,信息不对称和不确定体现为起诉者与媒体之间信息的不对称和不确定。起诉者作为信息提供者,在与媒体的关系中处于优势地位,他可以决定向媒体公布的信息数量和方式,甚至可以通过故意制造虚假信息(如将一个私益诉讼“包装”成公益诉讼)去影响媒体,而媒体作为信息劣势方只能被动接受,而且由于何为真正的公益诉讼在现今状态下处于不确定状态,媒体也难以对起诉者的信息作出甄别和判断。其次,信息不对称和不确定体现为起诉者与被诉者之间的信息不对称和不确定。起诉者由于是诉讼的发起人,往往比被诉者有着更为充分的准备,也掌握着更多资料和信息,因此他在诉讼中是信息优势方,而被诉者处于信息劣势地位。而且被诉者同样受到公益诉讼保护范围不确定的影响,很难对起诉者的行为有一个明确的判断。这使得被诉者在预期不明的情形下,基于成本考量,很可能选择与起诉人达成“条件慷慨的和解”,甚至

① 乔新生:《公益诉讼应只限侵权问题》,《人民法院报》2006 年 7 月 7 日第 10 版。

② 2005 年 1 月,刘殿林在一个月内在北京对“王老吉”生产商加多宝公司及经销商提起了五起诉讼,称被告生产的“王老吉”凉茶(单价 10 元)配料中的“夏枯草”是中药材,违反了“食品不得加入药物”的相关法律规定,构成对消费者欺诈,故要求被告双倍赔偿共计 20 元。刘殿林接受采访时坦言,他“策划”这系列诉讼案,“是要试试企业的承受能力与危机公关能力”。参见毛铮铮:《“王老吉”系列讼案:公益行为? 恶意诉讼?》,《科技日报》2005 年 4 月 1 日。

③ 参见陈向聪:《我国存款保险制度构建中道德风险控制的设想》,《甘肃政法学院学报》2006 年第 1 期。

不惜满足起诉者一些不合法的要求。

## 四、制度激励:消解我国民事公益诉讼非理性因素的路径选择

2012 年 8 月 31 日,第十一届全国人大常委会第二十八次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》。在新修改的民事诉讼法第 55 条规定:“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”这一规定标志着我国民事公益诉讼制度的正式确立,在我国公益诉讼发展历史上开启了一个新的篇章。该规定主要明确了民事公益诉讼两方面的问题:(1)明确了有权提起民事公益诉讼的主体是法律规定的机关和有关组织。(2)对于民事公益案件的范围进行了规定。即采取了不完全列举的方式,“将污染环境、侵害众多消费者合法权益两类突出的侵害社会公共利益行为纳入公益诉讼范围,并加以‘损害社会公共利益的行为’这一概括形式予以补充”。① 应该说,这一规定为民事公益诉讼提供了制度依据,并且通过对公益诉讼主体、范围等关键问题在一定程度上的明确,有利于消解既有公益诉讼实践中一些非理性因素。但是,由于该规定还非常粗略,因此并不能从根本上消解公益诉讼中的非理性因子,主要体现在:(1)在提起公益诉讼的主体上,仅限定于法律规定的机关和有关组织,而将普通公民完全排除于公益诉讼主体之外。这一规定虽然有助于防止滥诉,但另一方面,也堵死了公民个人在法律规定的机关和有关组织均不提起公益诉讼的情况下,提起公益诉讼的可能,很大程度上会伤害到公共利益的维护。(2)对于民事公益案件的范围虽然进行了列举,但并不完全,只是作出了概括式的规定,实际上对于公益案件的范围规定依然是模糊的。(3)对于民事公益诉讼判决的效力是否具有扩张性,没有作出任何规定。

笔者以为,要想真正消解民事公益诉讼中的不理性因素,应从以下几方面完善相关制度:

第一,赋予民事公益诉讼判决以扩张效力。前已有述,由于我国现阶段民事公益诉讼判决既判力无法向案外第三人扩张,致使公益诉讼并未体现出任何公益性,并导致法院基于“成本 – 收益”考虑在处理公益诉讼时非常保守。只有扩张民事公益诉讼判决的既判力,才能让公益诉讼在我国回复其“公益”本性,才能真正发挥出公益诉讼的规模经济效应,即在保护更多权利、实现更大效益的同时,降低直接诉讼成本和法律的错误成本——因为对绝大多数当事人而言,他们无需参加诉讼就能适用胜诉判决,极大地减少了诉讼支出;而对法院而言,多个纠纷能够一次解决,既节约了人力、物力和财力,又避免了出现矛盾裁判的可能性。

第二,对公益诉讼的原告给予经济上的适当激励。之所以要这样做,一是因为前文已有论述,公益诉讼的原告即使胜诉,其诉讼净收益一般也是负的,如无诉讼外其他收益刺激,理性的当事人应该不会提起公益诉讼;二是在公益诉讼判决既判力扩张的情形下,将会出现“搭便车”现象,即每个人都不愿为参加诉讼付出成本,而希望胜诉之后再起诉从而适用胜诉判决免费获取赔偿。但如果每人都这样想,将无人提起公益诉讼。所以,必须给予原告诉讼外的物质“补贴”,使其诉讼收益超过诉讼成本,这样才能激励他们提起公益诉讼。“补贴”的方式包括以所有受益人受偿金额的一定比例给原告以奖励,或者通过公益诉讼基金对原告进行奖励,基金来源可以是政府拨款、社会捐款、追缴侵害公益行为所得等。但是,给予原告的奖励应当适度,不能使其收益过分高于其成本,否则极易引发滥诉行为。

第三,对民事公益诉讼的范围予以限定并对滥诉行为进行约束。首先,公共利益虽然难以界定,但民事公益诉讼的范围却是可以作出限定的。比较而言,笔者倾向于将民事公益诉讼的范围限定在环境污染诉讼、涉垄断行业的消费者诉讼、国有资产保护诉讼及侵害公民权利诉讼。至于股东派生诉讼、证券欺诈交易诉讼、其他类型的消费者诉讼等,由于它们都是发生在完全对等的民事主体之间的,虽然涉及多数人的利益,但其中所蕴含的利益只是众多私益的集合而已,完全可以通过代表人诉讼等方式解

---

① 孙佑海:《对修改后的〈民事诉讼法〉中公益诉讼制度的理解》,《法学杂志》2012 年第 12 期。

决,而不必纳入公益诉讼的适用范围。其次,鉴于民事公益诉讼中存在的滥诉风险,笔者以为应从以下方面对公益诉权的行使进行适当的约束:(1)设置一定的公民提起诉讼前置程序,如对于一些有主管行政机关的公益案件,公民也有起诉资格,但起诉前必须先要求行政机关进行处理,在行政机关不予处理的情况下,公民才可以起诉;(2)对确定为滥用公益诉权的原告科以相应的罚款,情节严重的可以设定相应刑事处罚;(3)建立滥用诉权损害赔偿机制,将滥诉行为纳入民事侵权行为种类进行规制。

第四,进一步制定和完善相应的公益法律、法规。在现行的“行政下的司法、而非司法下的行政”的权力结构下,希望司法机关短时期内颠覆其传统的保守主义形象、在公益诉讼中扮演积极的司法能动者的想法,并不太现实。最好的出路是尽可能地制定和完善相应的公益法律、法规,使司法机关在公益诉讼中能够更少地依赖自由裁量和司法能动、更多地依据法律法规进行裁判,避免司法权与行政权的直接碰撞,减缓法院在处理公益诉讼中的压力。当然,我们的法院也不能只是无所事事地消极等待各种外部条件的改善,而是应该尽可能地表现出一种积极的姿态来扭转在公益诉讼中的“法院失灵”状态。许多情况下,司法权威是靠法院司法能动性的积极发挥逐渐争取和积累起来的,而公益诉讼正是这样一个良好的平台。只有在这样事关整体社会利益的舞台上发出自己决断、清晰的声音,司法机关的形象才会在民众的心目中挺拔,司法的权力位阶才会有上涨的空间。如果一味地担心风险、裹足不前,司法权羸弱的印象将很难消除,司法权威和司法公信力将会陷入一种恶性循环,而法治的理想也将渐行渐远。因此,法院应尽可能地在民事公益诉讼中发挥司法能动性,展现价值判断,作出法律判决,甚至是创设新的权利,而不是一味生冷地将公益诉讼拒之门外。

## An Economic Analysis of China's Civil Public Interest Litigation ——From the Perspective of Rationality

Bai Yan[1], Yang Bing[2]

(1. *School of Government*, *Peking University*, *Beijing* 100871, *China*;
2. *Chaoyang District People's Courts of Beijing*, *Beijing* 100026, *China*)

**Abstract**: At present it is irrational in our country that a plaintiff brings a civil public interest suit from the angle of cost-profit. This kind of suit can result in some social benefits, but it can't be done at the expense of individual cost burden. Moreover, our civil public interest litigation is non-public because Res judicata can't be spread. And the court's sobriety in the face of the public interest litigation is actually a state that is similar to Government Failure resulting from the court´s consideration in its own interest. At the same time, our present civil public interest litigation is very uncertain because the definition of public interest is obscure. It stimulates some people to abuse the public interest litigation in their own greatest interest. The best way to eliminate the irrational elements in our present civil public interest litigation is such incentive systems as empowering the spreading effect to the judgments of civil public interest litigation, and providing the plaintiffs of civil public interest litigation with proper money incentive.

**Key words**: public interest litigation, rationality, economic analysis, indiscriminate lawsuit

(责任编辑 刘曙光)